VALERIO CAMPOGRANDE

LA TEORIA GENERALE

DEL MANDATO DI CREDITO

NEL DIRITTO CIVILE ODIERNO

ROMA
ERMANNO LOESCHER & C.°
Via del Corso, 307
TORINO — FIRENZE
1893

VALERIO CAMPOGRANDE

LA TEORIA GENERALE

DEL MANDATO DI CREDITO

NEL DIRITTO CIVILE ODIERNO

ROMA
ERMANNO LOESCHER & C.°
Via del Corso, 307
TORINO — FIRENZE
1893

LA TEORIA GENERALE DEL MANDATO DI CREDITO NEL DIRITTO CIVILE ODIERNO

La determinazione della natura giuridica del mandato di credito nel diritto civile odierno e delle norme alle quali dev'essere sottoposto è necessaria ed ardua: il Codice civile italiano non contiene disposizioni espresse su questo contratto; le massime romane, non sono, come dimostreremo, interamente accettabili in diritto moderno; nella dottrina italiana poi mancano studi speciali.[1] Eppure il mandato di credito è un contratto degno di studio per parte del giurista, nonchè del legislatore: valgano gli esempi datici dalla dottrina tedesca[2] e dal Codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 418-421), nonchè dal Progetto di Codice civile germanico (§ 680) che contengono speciali norme su tale contratto.

Nel fare questo tentativo di costruire una teoria generale del mandato di credito, avremo sempre riguardo alle disposizioni del Codice civile per dare al nostro studio, uno scopo teorico e pratico.

Quando alcuno accetta da un altro la commessione di dare a credito ad un terzo, in proprio nome e per proprio conto, il rapporto di diritto che sorge da tale contratto costituisce un mandato ovvero una fideiussione? e, conseguentemente, quali regole sono applicabili? quelle relative al mandato, o quelle relative alla fideiussione?

Nel diritto romano tale rapporto costituiva una forma speciale di mandato — *aliena tantum gratia* — contraddistinta con la denominazione di *mandatum qualificatum o pecuniae cre-*

[1] V. però le dotte note del Serafini in Arndts — *Trattato delle pandette*, vol. II, § 353, pag. 434-436 (Bologna, 1880).
[2] Gli autori sono citati nel corso dello studio.

dendae (Inst. *de mand.* 3, 26; Dig. *mand.*, 17, 1; *de fidei. et mandat.* 46, 1).

Il mandatario era obbligato verso il mandante *(mandator)* in forza dell'*actio mandati directa;* mentre il *mandator,* per l'*actio mandati contraria,* era responsabile verso il mandatario per il pagamento del suo credito, sorto con l'esecuzione del mandato (l. 6 § 4; l. 12 § 13 in f. D. *mand.* 17, 1). Però, quanto alla sostanza, come dimostreremo, non eravi differenza, tra il *mandatum pecuniae credendae* e la *fideiussio,* per la garanzia che era contenuta così nel mandato di credito come nella fideiussione; garanzia che rendeva il *mandator* responsabile del pagamento come un *fideiussor.*

Fondandosi appunto su questa identità sostanziale dei due contratti, una teoria considera il mandato di credito come una vera e propria fideiussione, e però, confondibile con questa, nel diritto moderno. Un'altra teoria, che è prevalente, vorrebbe invece tenere distinti i due contratti, malgrado l'eguaglianza degli effetti che dall'uno e dall'altro conseguono.

Noi crediamo che per determinare la natura giuridica del mandato di credito, convenga contemplare separatamente il caso in cui nel contratto sia stata espressa la volontà del mandante di essere responsabile verso il mandatario per il pagamento del credito sorto con l'esecuzione del mandato, e il caso in cui nel contratto questa volontà non sia stata espressa.

Esaminiamo la prima ipotesi. Tizio dice a Caio: presta cento lire a Sempronio; io sto garante pel pagamento. Si tratta di mandato o di fideiussione? Può sembrare che tale rapporto costituisca un mandato vero e proprio, perocchè, se colui che diede l'ordine rimane garante della restituzione, è però egli stesso l'autore principale, il promotore della obbligazione che garantisce; egli adunque non ha soltanto acceduto a questa obbligazione, ma ha fatto assai più; l'ha posta in essere con l'ordine di dare a credito ad un terzo; "fortius etiam quam reliqui intercessores, dice il Mühlenbruch,[1] obbligatur qui suasit quodammodo ut cum alio contraheretur ecc. „

[1] *Doctr. Pandect.*, § 428, pag. 408 (Bruxelles, 1838). Conf. CORSI, *La fideiussione considerata nei rapporti del Cod. civ.* (*La Legge*, 1887, vol. II), pag. 15.

Onde parrebbe che il carattere del contratto fosse quello del mandato, e che si dovessero applicare le regole sancite pel mandato medesimo.

Malgrado ciò opiniamo che il rapporto di diritto di cui si tratta costituisca una vera fideiussione. In realtà l'obbligazione di colui che si dice mandante consiste nell'obbligo di garantire a colui che si chiama mandatario, il credito che sorgerà in seguito all'esecuzione dell'ordine di dare a credito qualche cosa ad un terzo; ed è precisamente nella volontà e nell'obbligo di garantire un debito altrui, già esistente od anche futuro, che consiste l'essenza della fideiussione quale è regolata nel diritto moderno (art. 1898).[1]

Il mandante è il fideiussore; il mandatario è il creditore; il terzo che riceve a credito qualche cosa è il debitore; di fronte al mandatario, ossia creditore, il debitore principale è il terzo, mentre il mandante, o fideiussore, è il debitore accessorio che è tenuto a pagare solo in mancanza del principale obbligato. Abbiamo in ciò i caratteri della fideiussione.

Dichiara l'art. 1901 che la fideiussione può aver luogo non solo per mandato del debitore, ma altresì senza ordine e senza saputa del debitore medesimo, essendo essa un contratto che intercede direttamente fra creditore e fideiussore. Nel rapporto di cui ci occupiamo trattasi appunto di una fideiussione che viene stipulata senza ordine del debitore principale, il quale, in questo caso, è il terzo che riceve a credito. Come la natura giuridica della fideiussione non si altera quando il fideiussore, in luogo di obbligarsi per mandato del debitore principale, si rende garante dietro richiesta fattagli dal creditore, così la fideiussione non perde il suo carattere allorquando il fideiussore spontaneamente si costituisce responsabile per il pagamento del debito. Il mandato pertanto non è il vero contenuto del contratto, ma è il mezzo per costituire l'oggetto vero del contratto medesimo che è una obbligazione fideiussoria. Il mandato di credito, se bene si consideri, non è una forma speciale del mandato, ma una forma speciale della fideiussione; fideiussione in seguito a mandato; e si potrebbe anche denominarlo fideius-

[1] Conf. ARNDTS — SERAFINI, *op. cit.* § 353, pag. 434 e nota 3 pag. 435.

sione di credito; denominazione che non si presta ad equivoci, perchè stabilisce chiaramente la natura giuridica del rapporto di diritto in esso contenuto.

Detto ciò, esaminiamo le obbiezioni. La obbligazione del fideiussore, dice Pothier, [1] non è che un semplice accessorio della obbligazione del debitore principale, ed ha per causa quella del debitore principale medesimo; mentre l'obbligazione del *mandator,* quantunque abbia lo stesso oggetto di quella del terzo, cui fu prestata la somma, nondimeno non è un puro accessorio di quella del debitore, perocchè essa ha una causa diversa da quella della obbligazione di quest'ultimo; ed è il contratto intervenuto tra mandante e mandatario. Questo contratto non è un semplice contratto accessorio come la fideiussione, ma è un contratto principale; la obbligazione adunque derivante da tale contratto che è obbligazione *ex causa mandati,* ha una causa distinta da quella dell'obbligazione del debitore, che è obbligazione *ex causa mutui.*

Questo ragionamento non ci pare esatto. Il carattere accessorio della obbligazione del *mandator* non può farsi dipendere dal contratto intervenuto tra mandante e mandatario; tale carattere dipende dal contenuto della obbligazione stessa. Si ha la figura della obbligazione accessoria, a prescindere da altri casi, quando il rapporto di diritto che ne costituisce il contenuto è diretto a garantire l'adempimento di un'obbligazione principale. [2] In base a questo concetto si dice appunto che la fideiussione è un'obbligazione accessoria, in quanto il suo contenuto è una garanzia a favore di un'altra obbligazione; garanzia che vincola il fideiussore a soddisfare questa obbligagazione, qualora il debitore non vi soddisfaccia (art. 1898).

Il contenuto del mandato di credito è identico; è una garanzia che il mandante (fideiussore) assume a favore di un'altra obbligazione, quella del terzo (debitore principale); garanzia per la quale il mandante medesimo è tenuto a soddisfare l'obbligazione del terzo, se questi non vi soddisfa.

La fideiussione, per il suo carattere di obbligazione acces-

[1] *Tratt. delle obbligaz.*, t. II, n. 447, pag. 249-250 (trad. ital. Venezia 1834).

[2] V. Chironi, *Istit. di dirit. civ.*, vol. II § 301, pag. 69 (Torino, 1889).

soria, non può sussistere senza una valida obbligazione principale (art. 1899); la obbligazione del mandante presuppone anch'essa l'esistenza di un debito principale. Supposto, ad esempio, che l'obbligazione del principale debitore sia giuridicamente inesistente, non può parlarsi di obbligazione fideiussoria; dato che l'obbligazione del terzo sia essa pure giuridicamente inesistente, non si può parlare di obbligazione fideiussoria a carico di chi abbia dato l'ordine di far credito.

Ci sembra perciò che sia un disconoscimento del vero concetto dell'obbligazione accessoria, l'affermare che l'obbligazione del *mandator,* non è, come la obbligazione del fideiussore, un semplice accessorio della obbligazione principale: non v'è, anche sotto questo rapporto, nessuna differenza.

Per negare il carattere accessorio della obbligazione del mandante il Maynz[1] si appiglia ad un altro argomento. Il mandato qualificato, egli dice, non suppone punto, per prendere nascimento, che esista una obbligazione da garantire; anzi al contrario, precede regolarmente questa obbligazione, o almeno non si concepisce dopo la creazione di quest'ultima; l'obbligazione del *mandator* non è dunque un'obbligazione accessoria.

A parte che anche la fideiussione può precedere l'obbligazione da garantire, potendo essere prestata anche per una obbligazione futura (l. 6 § 2 D. *de fidei. et mandat.* 46, 1),[2] noi crediamo che in questa proposizione esista un equivoco. Altra cosa è il dire che si può stipulare un contratto di mandato qualificato, senza che l'obbligazione che il mandante garantisce esista attualmente, ed altro è l'affermare che l'obbligazione dal mandante può sussistere senza un'altra obbligazione principale. Vero è che il contratto di mandato qualificato precede l'obbligazione da garantire e che non si può neppure concepire dopo la creazione della medesima; come è detto chiaramente nella l. 12, § 14 D. *mand.*. 17, 1 " si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait ". Ma è evidente che l'obbligazione del mandante non può sussistere se non quando esiste un'altra

[1] *Cours de droit romain*, t. II § 264, pag 441-442 (Bruxelles, 1887).
[2] Laurent, *Principes de droit civil*, t. 28, n. 131, pag. 135-137; Pothier, op. cit., n. 400, pag. 178. Confr. Cod. civ. spagnolo art. 1825.

obbligazione principale, che è l'obbligo del terzo il quale ha ricevuto a credito dal mandatario di soddisfare a quest'ultimo il credito posto in essere con l'esecuzione del mandato. Il contenuto della obbligazione del mandante consiste nella garanzia ch'egli presta per l'adempimento di un'altra obbligazione; per tale contenuto essa è obbligazione accessoria, e l'essere il mandato di credito costituito in precedenza alla obbligazione principale, non toglie affatto il carattere accennato.

Pertanto quando gli autori, come l'Hering,[1] il Marsili,[2] il Voet,[3] il Doveri,[4] il citato Maynz,[5] il Ronga,[6] stabiliscono una differenza tra il mandato qualificato e la fideiussione per ciò che il mandato, a differenza della fideiussione, deve sempre precedere l'obbligazione, non accennano ad una differenza sostanziale, ma ad un fatto che non influisce menomamente su la natura giuridica e sopra l'essenza dei due contratti, perocchè riguarda soltanto il tempo in cui l'obbligazione comincia a sussistere.

Un'altra differenza si vuole da taluni stabilire quanto all'indole dell'obbligazione. In una dotta nota apposta ad una sentenza della Corte d'Appello di Potenza, in data 27 gennaio 1868[7] è scritto che l'obbligazione del *mandator,* diversifica, nell'indole, da quella del fideiussore, il quale si obbliga *nomine alieno*, mentre il *mandator* si vincola *suo nomine*.

Il concetto è antico; già l'Hering[8] lo esprimeva con queste parole " mandator enim, non loco rei est, sed alius quidam reus et praeterea non alieno, sed suo nomine obbligatur et solvit; quod se aliter habet in fideiussore ".

[1] *Tractatus de fideiussoribus*, cap. 18 n. 3 pag. 345 (Francoforte 1606).
[2] *Tractatus de fideiussoribus (Selecti tractatus juris varii)*, n. 6, pag.289 (Venezia, 1570).
[3] *Comment. ad pandet.*, t. VI, lib. 46, n. 40, pag. 147 (Venetiis, 1828).
[4] *Istit. di diritt. rom.*, vol. II § 528, pag. 378 2ª ediz. (Firenze 1886).
[5] 151 op. cit. loc. cit.
[6] *Corso di instituz. di dir rom.*, vol. II, pag 331 (Torino 1889).
[7] *Annali della giurispr. ital.*, III, 2, 148. Questa sentenza accolse la massima che colui, per la cui commissione o esortazione, alcuno presta ad altri denari, derrate o mercanzie è il *mandator pecuniae credendae* non altrimenti che un fideiussore soggetto all'azione *mandati* per parte del prestatore, da cui fu tal commissione eseguita.
[8] Op. cit., cap. 20, n. 24, pag. 382.

Noi crediamo inesatta l'opinione che il fideiussore si obblighi *nomine alieno.* Se con questa espressione si vuol significare che il fideiussore si vincola *per altri*, nel senso che si obbliga verso il creditore a soddisfare l'obbligazione principale qualora il debitore non vi soddisfaccia (art. 1898), si afferma una cosa indiscutibile, ed in questo senso anche il *mandator* si obbliga *nomine alieno.* Ma se vuolsi con queste parole affermare che il fideiussore si obbliga non per proprio conto, ma per conto del debitore principale, tale opinione ci sembra errata.

Con la fideiussione l'obbligazione del debitore principale non cessa d'esistere, nè viene divisa; il fideiussore cioè non si sostituisce nè totalmente, nè in parte al principale obbligato; questi continua ad essere tenuto per l'intera obbligazione (arg. art. 1898). Il fideiussore è in realtà un secondo debitore che si obbliga bensì in via accessoria soltanto, ma è nondimeno un altro debitore, precisamente come il *mandator*, dappoichè, se il principale obbligato non soddisfa la propria obbligazione, è tenuto egli verso il creditore a soddisfarla. Ciò dimostra che il fideiussore non si vincola *nomine alieno*, per conto del debitore principale, ma bensì *nomine proprio*, per suo proprio conto.

Nè si obbietti che quando la fideiussione ha luogo per mandato del debitore principale, il fideiussore si obbliga *nomine alieno*, conformemente alla natura del mandato che il Codice definisce come un contratto in forza del quale una persona si obbliga a compiere un affare *per conto di un'altra persona*, da cui ne ha avuto l'incarico (art. 1737).

Ciò è vero nei rapporti tra fideiussore e debitore principale. Ma non si deve dimenticare che la fideiussione, come già si disse, è un contratto che intercede direttamente tra il fideiussore e il creditore; il debitore principale resta estraneo a questo contratto, ed infatti ciascuno può rendersi fideiussore senza ordine ed eziandio senza saputa di colui pel quale si obbliga (art. 1901). È adunque nei rapporti tra creditore e fideiussore che si deve determinare se questo ultimo si obblighi *suo nomine* o *nomine alieno*; ora, verso il creditore, il fideiussore si obbliga *suo nomine* anche quando presti fideiussione per

mandato dal debitore; anche in questo caso egli è pel creditore un secondo debitore che si è obbligato *personalmente*, di guisa che, se il debitore non paga, è tenuto direttamente verso il creditore come se fosse debitore principale.[1] Se dunque il fideiussore si obbliga *suo nomine* alla pari del *mandator*, la pretesa differenza tra l'obbligazione dell'uno e quella dell'altro sparisce.

Il Brinz[2] dice che il mandato di credito e la fideiussone non si possono confondere nel diritto moderno perchè la fideiussione è una promessa immediatamente obbligatoria; il *mandatum pecuniae credendae* invece permette una volontaria revoca, *re integra*. L'argomento però non è decisivo. E infatti, scrive il Serafini,[3] non sarebbe stata possibile forse anche secondo il diritto romano una *fideiussio* per un prestito futuro, con la riserva di revocarla fino al reale pagamento? ad esempio: *centum quos mutuos Titio dabo nisi interea vetueris, eosdem fide tua esse jubes?* E non presterei una cauzione secondo il diritto moderno, se promettessi di rispondere per un prestito da farsi, ove non lo impedissi prima? E se anche, continua l'eminente autore, abbia garantito senza tale riserva, ma a tempo abbia impedito l'effettuazione del mutuo, perchè abbia saputo il mandatario insolvibile, parrebbe non potesse il mutuante eseguire più il mutuo, *periculo meo.*

Le osservazioni fin quì fatte c' inducono pertanto a ritenere che quando nel contratto sia espressa la responsabilità del mandante, l'essenza, la natura giuridica del mandato di credito è quella della fideiussione. Il mandato di credito non è, malgrado la contraria opinione del Samhaber[4] un contratto diverso dalla fideiussione oltre che per una forma speciale, anche per una diversa struttura giuridica; ciò che produrrebbe pratiche differenze. Dato il contenuto, l'essenza del mandato di credito, data, cioè l'obbligazione fideiussoria che le parti contraenti pongono in essere, anche la struttura giuridica del medesimo, si presenta uguale a quella della fide-

[1] Conf. CHIRONI, op. cit., § 313 pag. 77.
[2] In Serafini — ARNDTS, op. cit., § 253, nota 3 pag. 435.
[3] Loc. cit.
[4] *Le obbligaz. correali*, pag. 173, in SERAFINI, op. cit. loc. cit.

iussione; praticamente poi, come tra poco dimostreremo, non esiste alcuna differenza.

Fin qui abbiamo ragionato nell'ipotesi che la volontà del mandante di stare responsabile per il pagamento del debito del terzo sia espressa nel contratto. Ma potrà ritenersi che il mandato di credito equivale alla fideiussione, quale è regolata dal Codice civile, allorquando la volontà del mandante di garantire il pagamento non sia dichiarata in modo espresso?

In commercio tale ricerca è importante specialmente in riguardo alle lettere di credito con le quali si dà ad un banchiere, o ad un commerciante l'invito a somministrare dei fondi ad un terzo che si reca in altra piazza, e specialmente all'estero.

Senza addentrarci nella questione su la natura della obbligazione che sorge a carico di colui che rilascia una lettera di credito — ricerca che spetta al diritto commerciale e quindi esce dai limiti del nostro studio — notiamo l'opinione del Pardessus[1] secondo la quale chi rilascia una lettera di credito si obbliga a rimborsare *direttamente* le somme sborsate, tranne che risulti dall'intenzione delle parti che esse hanno voluto fare un atto di fideiussione, nel qual caso l'emittente è tenuto come fideiussare. Ma resta sempre a stabilire se questa intenzione debba risultare in modo esplicito, oppure se possa anche risultare in modo tacito. Il Supino[2] dice che in commercio non è sempre necessaria che la fideiussione venga esplicitamente stipulata; che la medesima si può anche incontrare in modo implicito, specialmente con le lettere di credito, tranne quando queste credenziali hanno la forma del mandato, nel qual caso sono rette dalle norme proprie di quest'ultimo contratto.

Quanto al diritto civile, per decidere l'accennata questione non si può fare astrazione dell'art. 1902, il quale dichiara che "la fideiussione *non si presume, ma dev' essere espressa.*"

Se si ammette che con queste espressioni il legislatore ha inteso di dichiarare che la volontà di far malleveria deve essere manifestata, non importa se in modo espresso o tacito,[3]

[1] In Dalloz, *Rép.* v. *effets de commerce*, chap. 8, pag. 606
[2] *Dir. comm.* § 380, pag. 323 (Firenze 1889).
[3] V. Chironi, op. cit. § 313, pag. 78. Confr. Troplong, *Della fide-*

si può ricercare se il contratto di mandato di credito, quale fu stipulato dalle parti, contenga almeno la tacita volontà del mandante di garantire il pagamento.

Se invece si ammette che per l'articolo 1902, la volontà di prestar malleveria deve sempre essere manifestata in modo espresso, con parole, in deroga al principio pel quale il consenso può essere manifestato così in modo espresso come in modo tacito, [1] non si ha nel mandato di credito una fideiussione se la responsabilità del mandante non è dichiarata nel contratto in termini espliciti.

Quest' ultima interpretazione dell'art. 1902, ci sembra preferibile. Riesce difficile ammettere che la volontà di far malleveria possa essere manifestata in modo tacito, quanto la legge dichiara che *deve essere espressa*. Quanto all'altra espressione *non si presume* contenuta pure nel citato articolo potrà dirsi che è inutile, essendo evidente, come osserva il Ramponi, [2] che, se la fideiussione dev' essere espressa, non si può dedurla da circostanze, mentre è ovvio che non si può presumere legalmente, non potendo esistere una presunzione legale, senza un testo di legge. Comunque tale espressione non contraddice alla nostra interpretazione; anzi può dirsi che da quelle parole essa riceve una conferma.

Ma vi sono altri argomenti non meno validi. Colui che garantisce per altri si espone al rischio di dover soddisfare egli stesso l'obbligazione del debitore principale. Rischio che a taluni antichi dottori, citati e confutati dall'Hering, [3] faceva dire che il contratto di fideiussione è oneroso e dannoso, che il fideiussore fa assegnamento sopra la carne e il sangue, ossia sopra l'instabilita del l'uomo, e che garantire per altri è un dilapidare le proprie sostanze: una vera stoltezza. Cen-

iussione, n, 134, pag. 347 (vers. ital. Palermo 1858); Dalloz, *Rép.*, t. 7, v. *cautionnement,* n. 22 pag. 524 (Paris 1849). V. anche Pothier, op. cit. n. 402 pag. 179-180.

[1] V. in questo senso Laurent, op. cit. n. 153 pag. 162; Corsi, op. cit. (La Legge, 1887, vol. II pag. 32); Ricci, *Corso teorico pratico di dir. civ.*, vol. IX, n. 328, pag. 525);

Zachariae, *Corso di dir. civ. franc.*, tom. II, § 424, pag. 67 (vers. ital. Napoli, 1851).

[2] *La teoria generale delle presunzioni nel dir. civ. ital.*, pag. 294, (Torino, 1890).

[3] Op. cit. cap. I, n. 5, 9, 11, 16, pag. 3-4.

sure evidentemente ingiuste, in quanto attribuiscono ad un istituto giuridico inconvenienti che dipendono da coloro i quali lo pongono in essere; censure però che accennano ad un fatto possibile. Può in realtà accadere che altri, mosso da un sentimento di amicizia o benevolenza, od anche per mancanza di riflessione, presti malleveria senza essersi bene accertato della solvibilità o dell'onestà del principale obbligato. Ora, quando la volontà di far garanzia debba essere dichiarata con parole, sarà più facile che il garante ponderi meglio il valore, le conseguenze della propria obbligazione, specialmente quando il vincolo si contragga per atto scritto. Così si comprende come il legislatore abbia sentito la necessità di stabilire che la volontà di mallevare deve essere manifestata in termini espliciti, mentre sarebbe più difficile comprendere quale bisogno egli avrebbe avuto di dichiarare che tale volontà *deve* essere manifestata in modo espresso o tacito, essendo ovvio che una obbligazione convenzionale non può sussistere quando la volontà di contrarla, non risulti in uno di questi modi.

Accolta adunque questa interpretazione, l'ordine dato e accettato di far credito ad un terzo, allora soltanto costituirà fideiussione e sarà sottoposto alle regole di questo contratto, quando la volontà del mandante di garantire il debito del terzo risulti dichiarata in modo espresso, sia che la garanzia derivi da un contratto scritto, sia che derivi da una convenzione verbale, non essendo prescritta una forma speciale per la fideiussione; altrimenti si avrà un mandato e saranno applicabili le regole di questo contratto.

Questa teorica ha anche il vantaggio di semplificare, in parte, la questione nella vera natura giuridica del mandato di credito. Imperocchè si capisce come possano nascere dei dubbi quando il contratto contenga soltanto l'ordine di dare a credito ad un terzo, parendo, in tal caso che la volontà delle parti sia diretta a costituire un mandato, ma quando, oltre al detto ordine, il contratto contenga la espressa dichiarazione del mandante di assumere la responsabilità del pagamento, tale dichiarazione imprime al contratto un carattere che ne pone in evidenza la vera natura giuridica, la natura della fideiussione.

E qui meritano di essere menzionate le disposizioni del Codice federale svizzero delle obbligazioni che in tanta disparità di pareri ha opportunamente sottoposte a regole chiare la difficile materia del mandato di credito.

Il Codice svizzero delle obbligazioni regola separatamente il mandato di credito (cui dedica un titolo speciale) e la fideiussione; ma riconosce esplicitamente nella obbligazione del mandante la sostanza di una obbligazione fideiussoria, allorquando il mandante medesimo abbia espressamente assunto la responsabilità del debito. L'art. 418 di quel Codice è così concepito « Ove alcuno abbia ricevuto ed accettato il mandato di aprire o rinnovare credito ad un terzo, in nome proprio e per proprio conto, ma sotto responsabilità del mandante, questo *è tenuto come un fideiussore* pel debito del terzo, purchè il mandatario non abbia ecceduto i limiti del mandato di credito » Il capoverso del citato articolo dichiara che " per questa responsabilità del mandante, occorre la forma scritta del concontratto. "[1] L'articolo 421 del medesimo Codice contiene un' altra sanzione dell'esposto principio; ivi è disposto che " i rapporti giuridici tra il mandante e il terzo cui fu accordato il credito, soggiacciono alle disposizioni che regolano i rapporti giuridici tra il *fideiussore* e il debitore principale. "

Il progetto di codice civile per l'impero germanico al § 680 dichiara che se alcuno ha accettato il mandato conferitogli da un altro di prestar credito ad un terzo, in proprio nome e per proprio conto, il rapporto di diritto che nasce dal contratto si deve regolare, *non secondo le regole sul mandato, ma secondo le regole della fideiussione*, in quanto non risulti un'altra volontà dei contraenti. E nei motivi che accompagnano quel progetto, tale massima è così giustificata " In praktischen Leben will, wie die Erfahrung lehrt, derjenige. welcher auf die Ertheilung eines Kreditauftrages sich beschränkt, in der Regel, nur die Bürgschaft für die Kreditbewilligung

[1] Questa disposizione pare ottima, poichè rende facile l'accertamento della volontà del mandante di far garanzia per il debito che risulterà a carico del terzo; ma non è accettabile pel nostro Codice, potendo la fideiussione risultare, come s'è detto, così da un contratto scritto, come da una convenzione verbale.

übernehmen. Der Auftrag ist nur die äussere Form in welcher die Bürgschaftsleistung sich vollzieht. Durch diese bedeutungslose, zum Theil aus Einwirkungen des röm. Rechtes sich erklärende Form, hört das intendirte garantieversprechen nict auf, eine Kreditbürgschaft zu sein, gleich derjenigen welche nicht in der Form des Auftrages übernommen wird. „[1]

II.

Stabilita nettamente la distinzione tra le due specie di obbligazioni alle quali può dare luogo il mandato di credito, la teoria generale di questo contratto comprende la figura giuridica di tale istituto considerato come mandato, quando cioè non è espressamente dichiarata la responsabilità del mandante, e come fideiussione, quando tale responsabilità è esplicitamente dichiarata; e deve determinare le regole alle quali il mandato di credito è sottoposto nell'una e nell'altra ipotesi.

Se non che quando il mandato di credito altro non è che una forma speciale del mandato, la determinazione di tali regole non presenta notevoli difficoltà, nè quindi grande interesse, essendo naturalmente applicabili le norme sancite dal Codice civile sul mandato in generale, e cioè sulla natura del mandato, sulle obbligazioni del mandatario, del mandante e sulle diverse maniere colle quali il mandato si estingue. Più interessante invece è la determinazione delle regole alle quali è sottoposto il mandato di credito, qucndo ha la natura della fideiussione; ricerca che ha la medesima importanza dalla questione sulla natura fideiussoria dell'obbligazione del mandante. E quando avremo dimostrato che le regole sulla fideiussione sono logicamente applicabili al mandato di credito, la teoria che propugnamo avrà una nuova conferma. Per tali ragioni ci limiteremo ad accennare le norme che si debbono applicare al mandato di credito, considerato come fideiussione.

È importante avvertire, in primo luogo, che non si può

[1] *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* b. II, § 680, pag. 683.

parlare di mandato di credito, nè quindi di obbligazione fideiussoria, quando il contratto non contenga un vero ordine di dare a credito ad un terzo con l'intenzione di assumere la responsabilità del pagamento; nello stesso modo che non si ha fideiussione quando non risulta la chiara volontà di garantire un credito. Perciò un consiglio, un parere, una informazione, una raccomandazione, non producono obbligazione fideiussoria.

Suppongasi che Tizio, richiesto se Caio che vuol prendere merci a credito sia solvibile, risponda affermativamente dicendo che egli gli ha venduto delle merci e ne ha da lui riscosso l'importo. Caio diventa insolvibile. Sarà Tizio tenuto come *mandator,* ossia come fideiussore? la negativa è certa: egli non ha avuto l'intenzione di stare garante per Caio; egli ha dato soltanto un'informazione.

Ulpiano ci dà un altro esempio, un tale ha scritto ad un suo amico una lettera così concepita: io ti raccomando Sestilio Crescente mio amico; da ciò non nasce obbligazione, dappoichè la lettera "commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est" (l. 12 § 12 D. *mand.* 17, 1).

In una conversazione Tizio dice di avere una somma da impiegare nella costituzione di una rendita; Caio risponde che Pietro cerca appunto di prendere danaro in questo modo, e che a lui pare ottima cosa l'impiegare quella somma, presso Pietro. Queste parole, dice Pothier,[1] non fanno contrarre a Caio nessuna obbligazione, perocchè "consilii non fraudolentis nulla obbligatio est" (l. 47 D. *de div. reg. giur.* 50, 17).

Un'altra avvertenza importante è questa che il mandante è responsabile per il pagamento a condizione che il mandatario siasi contenuto entro i termini del mandato (L. 5 D. *mand.* 17, 1; conf. Cod. svizzero delle obbligazioni, art. 418. cit.).

E infatti, a parte il principio generale di diritto pel quale l'obbligazione convenzionale esiste solo in quanto siavi la volontà di obbligarsi, abbiamo la regola per la quale la fideiussione non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta

[1] Op. cit., n. 447, pag. 252.

(art. 1902); ora è chiaro che si violerebbe questa regola, qualora si ritenesse il mandante obbligato come fideiussore anche quando il mandatario avesse ecceduto i limiti del mandato. Dentro questi limiti la fideiussione fu prestata, e non può essere lecito al mandatario, di oltrepassarli. Il mandante resta però obbligato nella misura stabilita nel contratto.

Così se il mandatario ha dato a credito una somma superiore a quella indicata nel contratto, ad esempio, se era convenuto che il mandatario dovesse dare cento lire a mutuo e invece ne ha dato duecento, il mandante sarà responsabile, non per l'intera somma prestata dal mandatario, ma soltanto fino a lire cento. È una regola logica: non c'è ragione per dichiarare il mandante interamente irresponsabile; il mandante col dare l'ordine al mandatario di prestare ad un terzo una somma determinata, e con l'assumere la responsabilità della restituzione, dimostra la volontà di essere garante, almeno fino alla concorrenza di tale somma; entro questi limiti è avvenuto l'accordo delle due volontà; dentro tali limiti perciò esiste obbligazione fideiussoria.

Il fideiussore è tenuto verso il creditore a garantire la obbligazione per la quale ha interceduto e non può essere costretto a garantire un'obbligazione avente un oggetto o un titolo diverso (arg. art. 1898); se egli ha garantito il debito A, non è tenuto garantire il debito B. Ciò equivale a dire che il mandante non resta obbligato come fideiussore, quando il mandatario abbia fatto una cosa diversa da quella contenuta nel mandato. Suppongasi che il contratto contenga l'ordine di dare una somma a mutuo ad un terzo, e che il mandatario la dia a titolo di costituzione di rendita, o viceversa; il mandante non sarà in alcun modo obbligato, giacchè mutuo e costituzione di rendita sono due cose diverse. [1]

Esaminiamo ora le condizioni per la validità dell'obbligazione del mandante.

Dal principio che l'obbligazione del mandante — quando la sua responsabilità sia espressa — è una vera e propria fideiussione, e perciò obbligazione accessoria, deriva che essa è va-

[1] Pothier, op. cit., n. 447, pag. 253.

lida solo in quanto sia valida l'obbligazione del principale debitore, senza la quale non può sussistere (art. 1899).

È nota la distinzione tra gli atti inesistenti in diritto e gli atti annullabili. Senza intendere di approfondire questa teoria, ciò che non sarebbe qui opportuno, notiamo che i primi sono atti privi di ogni effetto giuridico per la mancanza di qualche requisito essenziale alla loro esistenza giuridica; gli altri sono atti che possono essere fatti annullare o rescindere per il difetto di qualche condizione prescritta dalla legge per la loro validità perfetta; ma finchè l'annullazione o la rescissione non sia stata pronunciata, producono effetti giuridici come se fossero pienamente validi.[1]

E poichè l'obbligazione accessoria segue le sorti dell'obbligazione principale, applicando la detta distinzione al mandato di credito, si ha la conseguenza che, se l'obbligazione principale è inesistente, l'obbligazione del mandante non ha giuridica esistenza; se l'obbligazione principale è annullabile, l'obbligazione del mandante esiste fino a che la nullità di quella sia stata dichiarata; e se l'obbligazione principale diventa pienamente valida, per effetto di conferma, anche l'obbligazione fideiussoria del mandante diventa valida.

Suppongasi che nella convenzione interceduta tra il mandatario e il terzo, sia interamente mancato il consenso. Tale convenzione è inesistente, perocchè la mancanza del consenso impedisce la formazione del contratto. L'obbligazione del mandante, non può, in questa ipotesi, acquistare esistenza giuridica.

Suppongasi invece che il consenso, nella detta convenzione, sia stato viziato da errore, violenza o dolo. Questi vizi non producono inesistenza giuridica, dappoichè non può dirsi che il consenso sia interamente mancato; ma dànno luogo ad un'azione di nullità dell'atto in cui il consenso sia stato viziato; azione il cui esercizio è facoltativo per coloro ai quali spetta.[2]

[1] V. BIANCHI, *Principi generali sulle leggi,* p. 527 e segg. (Torino 1888).

[2] V. in questo senso BIANCHI, op. cit., n. 97. pag. 536-537; LAURENT, op. cit., n. 138, pag. 149. In senso diverso: MOURLON, *Ripetiz. scritte sopra i tre esami del cod. Nap.*, sull'art. 2012, pag. 477-478 (trad. it. Palermo. 1863); DALLOZ, op. cit., n. 65, pag. 533.

In questo caso adunque l'obbligazione del mandante, esiste fino alla dichiarazione di nullità.

Quid juris nel caso in cui il terzo al quale, per ordine del mandante, il mandatario ha dato a credito, è persona incapace? (minore, interdetto, inabilitato, donna maritata). Parrebbe che secondo la regola ora enunciata sulla garanzia prestata per una obbligazione annullabile, pronunciata la nullità dell'obbligazione principale per l'incapacità del debitore, l'obbligazione del *mandator* dovrebbe cadere essa pure, non potendo l'accessorio sussistere senza il principale. Riteniamo nondimeno la contraria decisione. Il capoverso dell'art. 1899 limita la disposizione ivi contenuta, per la quale la fideiussione non può sussistere senza una obbligazione *valida*, dichiarando che, ciò non ostante, può la fideiussione prestarsi per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale all'obbligato, siccome nel caso della minore età. E da queste espressioni, come anche dai lavori preparatori del codice francese, donde fu presa tale disposizione, chiaramente risulta che il legislatore ha inteso di porre l'eccezione non pel solo caso della minore età, che è menzionato soltanto in senso dimostrativo, ma altresì per gli altri casi di incapacità del debitore principale, e cioè anche quando si tratti di un interdetto, di un inabilitato, di una donna maritata non autorizzata ad obbligarsi. In tutti questi casi il fideiussore rimane responsabile anche quando l'obbligazione principale sia annullata. Questa regola è perfettamente applicabile al mandato di credito, e si può giustificare con le medesime ragioni che la giustificano nei riguardi della fideiussione. Perocchè, quando il debitore è persona incapace, il creditore può dire di aver voluto la garanzia appunto in considerazione di tale incapacità, ossia per premunirsi contro l'annullamento del debito principale, annullamento che il debitore incapace ha facoltà di domandare.

E poi è logico e giusto, che il mandante, il quale, nell'assumere la responsabilità per il pagamento del debito cui egli stesso ha dato nascimento, ha trascurato di accertarsi della capacità del terzo, debba subire le conseguenze della propria negligenza.

Non è sfuggita al legislatore svizzero la verità di questa massima; l'art. 419 del citato Codice federale delle obbligazioni la sancisce espressamente in questi termini "il mandante non può opporre al mandatario l'eccezione che il terzo fosse personalmente incapace di contrarre il debito".

Se non che è il caso di domandarsi se essendo il mandante obbligato a pagare anche nel caso in cui il debito principale venga annullato, si tratti ancora di una vera fideiussione. Il fideiussore che paga ha regresso verso il debitore principale (art. 1915); laddove, nel caso supposto, egli non ha tale ricorso, perchè non paga il debito di un altro quando tale debito è stato dichiarato nullo, ma soddisfa un debito proprio.[1] Non si tratta più adunque, secondo il nostro avviso, di un'obbligazione fideiussoria, bensì di una obbligazione principale assunta dal mandante, ed avente perciò una propria natura.

Nè ci si dica che, quando il terzo incapace non faccia dichiarare la nullità della propria obbligazione, e finchè tale nullità non sia pronunciata, la natura della fideiussione sussiste. La natura dell'obbligazione assunta dal mandante non può farsi dipendere da mere circostanze di fatto, quali sono l'esercizio o il non esercizio dell'azione di nullità per parte del terzo, e il tempo in cui la nullità venga dichiarata; bensì deve ricavarsi dalla sua essenza. Ora non abbiamo più l'essenza della fideiussione, e cioè il carattere accessorio dell'obbligazione quando il mandante si obbliga a pagare anche pel caso in cui l'obbligazione del terzo, debitore principale, venga a cadere.

Sarà valida la garanzia fatta da un mandante per un credito indeterminato? Nel silenzio della legge è a reputarsi che si debbano applicare i principî generali sanciti sull'oggetto dei contratti. Ora l'art. 1117 dichiara che la cosa la quale forma oggetto del contratto dev'essere determinata almeno nella sua specie, e che la quantità della cosa stessa può essere incerta, purchè si possa determinare. In base a questa disposizione reputiamo valida l'obbligazione del mandante che derivi da una garanzia assunta per un credito determinato nella sua qualità — ad es. per un credito pecuniario — e indeterminato, ma determinabile

[1] V. Laurent, op. cit., n. 136, pag. 145-147.

nell'ammontare — ad es. per tutte quelle somme di denaro che il terzo richiederà al mandatario — quando tale credito possa poi essere determinato con la produzione dei titoli per parte del mandatario.[1]

Quanto alla determinazione della misura della obbligazione del mandante, si tratta, di regola, di una questione di fatto, dovendosi interpretare la volontà delle parti.

Se il mandante si obbliga a garantire il credito *indefinitamente,* la misura della sua obbligazione fideiussoria, è indicata dall'art. 1903 pel quale la fideiussione indefinita per una obbligazione principale si estende a tutti gli accessori del debito, ed anche alle spese della prima domanda ed a tutte quelle posteriori alla denuncia fatta al fideiussore.

Sarà il mandante, nel caso di garanzia indefinita, tenuto altresì per quelle obbligazioni del terzo (debitore principale) che fossero fondate sopra una convenzione interceduta tra il mandatario e il terzo, dopo la stipulazione del contratto? Evidentemente no: tale convenzione dà vita ad una nuova obbligazione per la quale il mandante non ha dato il suo consenso; egli perciò non può essere obbligato per questa nuova obbligazione se non in forza di un'altra obbligazione accessoria, ossia di un nuovo contratto di garanzia.

È interessante stabilire se l'obbligazione del mandante possa o no eccedere quanto è dovuto dal terzo, e se possa il mandante essere obbligato sotto condizioni più gravi di quelle alle quali il terzo è tenuto.

Per il diritto romano quando il fideiussore si obbligava *in duriorem causam,* l'intera obbligazione era radicalmente nulla, a differenza del *constitutum debiti alieni* che, quando eccedeva la obbligazione principale, era valido fino all'ammontare della medesima (l. 1 § 8; l. 11 § 1; l. 12, 19 D. *de const. pec.* 13, 5). Furono bensì fatti dei tentativi per dimostrare che anche la fideiussione era nulla solo quanto all'eccesso;[2] ma le ragioni di equità e di logica addotte per provare tale

[1] Confr. per la fideiussione: LAURENT, op. cit., n. 132-139; DALLOZ, op. cit., n. 67, pag. 535.

[2] V. un saggio di questi tentativi nell'opera del Ceneri, *Diritto delle obbligaz.,* vol. II, p. 30-32 (Bologna, 1856) e gli autori ivi citati a pag. 30.

massima, se ottime in astratto, prescindono dal testo della l. 8 § 7 *de fidei. et mandat.* 46, 1 concepita in termini che escludono quella massima "illud commune est in universis qui pro-aliis obligantur; quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos *ommino non obligari*". Coloro poi che, con Aloandro, leggono invece *non omnino obligari* alterano arbitrariamente il testo della legge.[1]

In diritto odierno, quanto alla fideiussione, la massima romana non è più accettabile di fronte alla disposizione dell'art. 1900 pel quale la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, nè essere contratta sotto condizioni più gravi — perocchè per tale eccedenza manderebbe un requisito essenziale che è l'esistenza di un'obbligazione principale da garantire — ma *è valida sino alla misura dell'obbligazione principale.* Ora, data l'identità sostanziale della obbligazione del mandante con la fideiussione, non v'è motivo per non applicare tale regola anche al mandato di credito. E che la massima sia logica appare evidente quando si ricordi l'osservazione sopra fatta che il mandante, col fatto di obbligarsi in misura maggiore della obbligazione principale, dimostra la volontà di obbligarsi almeno fino alla concorrenza dell'obbligazione medesima. Non è logico nè opportuno il creare delle nullità senza un motivo reale, disse giustamente Treilhard nell'esposizione dei motivi della legge sulla fideiussione; è sufficiente il vedere le nullità là dove esistono in effetto.

Resta a vedere se il mandante che non può obbligarsi *estensivamente* più del debitore principale, possa obbligarsi *intensivamente* più del debitore medesimo, garantendo, per esempio, il pagamento con una sicurtà reale, come un pegno od una ipoteca. È la medesima questione che si agita in riguardo al fideiussore; questione che già l'Hering risolveva in senso affermativo "hinc igitur consequens sit, quod licet fideiussor non potest intercedere in duriorem causam quam principalis, possit tamen eandem quantitatem quam principalis simpliciter debet, sub hypotheca bonorum promittere, et tamen hoc casu durior non fiat eius conditio."[2]

[1] V. Maynz, op. cit., § 262, pag. 431.
[2] Hering, op. cit., n. 112, pag. 522.

Questa opinione è accettabile in diritto moderno anche riguardo all'obbligazione del *mandator*. Quando il mandante garantisce il debito principale con una sicurtà reale, si obbliga bensì in modo più efficace, ma non più estesamente del principale obbligato. Il *mandator* che concede al mandatario un'ipoteca rimane obbligato in virtù di un doppio vincolo: un vincolo personale che è quello derivante dalla fideiussione, e un vincolo reale che consiste nella data ipoteca; ma con ciò non è obbligato *in duriorem causam*, perocchè, come osserva il Laurent [1] che tratta la questione nei riguardi del fideiussore, in virtù del legame personale, il creditore avrebbe ugualmente azione sopra i suoi beni.

Ma, se il mandante non può vincolarsi *in duriorem causam*, nulla vieta che egli presti sicurtà per una parte soltanto del debito ed a condizioni meno gravi del debitore principale (art. 1900 capov. 1°); e cioè egli può obbligarsi *in leviorem causam*. Così, se dà l'ordine di prestare al terzo cento lire, potrà garantire il pagamento soltanto fino alla somma di lire ottanta; e potrà costituirsi fideiussore sotto condizione, anche se il terzo diventerà debitore puramente; mentre non potrà obbligarsi puramente se il terzo rimarrà obbligato sotto condizione (arg. l. 8 § 7 D. *de fidei. et mandat.* 46,1), perocchè sarebbe, in quest'ultima ipotesi, obbligato *in duriorem causam*. Così, per ragioni identiche, potrebbe il mandante obbligarsi a pagare entro un termine più lungo di quello che sarà accordato al terzo, mentre non potrebbe assumere tale obbligazione per un termine più breve (arg. l. 16 § 5 D. h. t.).

È poi superfluo avvertire che le disposizioni degli art. 1904 e 1905 del Codice civile, relative alle garanzie di solvibilità alle quali il fideiussore deve rispondere, non sono applicabili al mandato di credito. Tali garanzie sono prescritte per il caso di un *debitore obbligato a dare sicurtà*, sia in forza di convenzione, sia per disposto di legge, sia per ordine del magistrato (v. anche art. 1921), essendo ovvio che, ove il fideiussore offerto non realizzasse quelle garanzie, la fideiussione non potrebbe rispondere al proprio scopo che è quello di as-

[1] Op. cit. n. 162, pag. 172. Conf. TROPLONG, op. cit., n. 111, pag. 343.

sicurare l'adempimento di una obbligazione. Ma, nel mandato di credito, non si tratta di un debitore obbligato a dare sicurtà; si tratta invece di una persona che spontaneamente assume la garanzia di un credito, e di un'altra persona che volontariamente accetta questo garante; spetta perciò al mandatario di accertarsi se il mandante è o no solvibile; a questa ricerca il terzo rimane estraneo.

III.

La determinazinne delle regole applicabili nei rapporti del mandante col mandatario, del mandante col terzo, e delle regole per l'estinzione del mandato di credito — sempre quando sia esplicitamente dichiarata la responsabilità del mandante — non presenta alcuna difficoltà, non essendo dubbio che si devono applicare le norme sancite sulla fideiussione.

Una esposizione completa e particolareggiata di queste regole si risolverebbe in un commento agli articoli del Codice civile relativi agli effetti della fideiussione tra il creditore e il fideiussore (mandatario e mandante), tra il debitore e il fideiussore (terzo e mandante), fra più fideiussori (mandanti), ed alla estinzione della fideiussione; commento codesto non necessario nè opportuno per il nostro studio, avuto riguardo allo sviluppo che tale materia ha già avuto nella dottrina e nella giurisprudenza.

Basterà accennare, in ordine ai rapporti tra mandante e mandatario, come al mandante spettino i medesimi benefici che competono al fideiussore.

Uno di questi è il beneficio di escussione, che spetta al fideiussore in materia civile. La prestata garanzia obbliga il mandante a soddisfare il debito del terzo, qualora questi non vi soddisfaccia (art. 1897). A rigore di diritto pertanto il mandante potrebbe essere costretto a pagare dall'istante in cui il debito è scaduto senza che il terzo lo abbia soddisfatto. Per tale ragione, da questo istante medesimo, il mandatario ha facoltà di rivolgersi a suo arbitrio così al terzo, debitore principale, come al mandante, debitore accessorio, senza che

debba provare di aver costituito in mora il debitore principale medesimo.[1] Ma questa azione del mandatario può essere paralizzata dal mandante con una eccezione mediante la quale egli può esigere che il mandatario escuta prima il debitore principale (art. 1907), restando a lui l'obbligo di pagare se ed in quanto quest'ultimo sia inutilmente escusso.

È in questo *beneficium excussionis sive ordinis* che maggiormente si manifesta la necessità di stabilire la natura giuridica del mandato di credito; perocchè, se si tratta di fideiussione, il mandante può invocare il detto beneficio; se di mandato, egli è tenuto a pagare direttamente il credito sorto per l'esecuzione del mandato, senza che possa costringere il mandatario ad escutere previamente il terzo.

E qui troviamo una conferma di quanto dicemmo superiormente intorno alla sostanza del mandato di credito nel diritto romano; vale a dire che, sebbene per i giureconsulti romani il *mandatum pecuniae credendae* fosse una forma speciale del contratto di mandato, nondimeno, quanto alle conseguenze, non v'era differenza tra quel contratto e la *fideiussio.* Se ciò non apparisse già dalla unione frequente delle parole *mandator* e *fideiussor,* e dell'uso della parola *mandator* nel senso di *fideiussor,*[2] sarebbe manifestato anche dal fatto che un testo di legge esplicitamente accorda il beneficio di escussione al *mandator* come al *fideiussor*. È la Novella 4, emanata da Giustiniano l'anno 355 d. C. che così dispone. "Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut *mandatorem* aut sponsorem acceperit.... veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit.... Si vero non valuerit a debitore accipere, aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut *mandatorem* veniat, et ab illo quod reliquum est sumat „.

L'esercizio del beneficio di escussione è sottoposto a talune condizioni e limitazioni, le quali, imposte dalla legge al fideiussore, sono perfettamente applicabili anche al *mandator.*

[1] Confr. per la fideiussione: LAURENT, op. cit., n. 203, pag. 213; TROPLONG, op. cit., n. 231, pag. 385; CORSI, op. cit., (*La Legge*, 1888, vol. I, pag. 134.

[2] V. su ciò SERAFINI in Arndts, § 352, nota 2, pag. 432.

Pertanto il mandatario non sarà tenuto ad escutere il terzo se non quando il mandante ne faccia istanza nei primi atti della causa contro di lui promossa dal mandatario medesimo (art. 1908), il quale, come si accennò, non ha l'obbligo di far precedere alcun atto contro il terzo. L'esercizio del beneficio di escussione è adunque una facoltà spettante al *mandator;* se questi non se ne vale, il mandatario può costringerlo al pagamento senza escutere preventivamente il debitore principale. Il mandante poi, nel fare l'istanza per l'escussione, deve indicare al mandatario i beni del terzo e anticipare le spese occorrenti per l'escussione, essendo che questa ha luogo nel suo interesse. I beni dal mandante indicati devono essere situati nella giurisdizione dalla Corte d'appello in cui si deve fare il pagamento; non devono essere beni litigiosi; e, ove siano beni già ipotecati per cautela del debito, devono trovarsi ancora in potere del debitore; mancando queste condizioni, non si tiene conto dell'indicazione (art. 1909), essendo chiaro che l'esecuzione, altrimenti, riuscirebbe dispendiosa e difficile.

Dato che il mandante abbia adempito a questi obblighi; dato che il mandatario differisca il procedimento giudiziale, e sopraggiunga poi la non solvenza del terzo, il mandatario, attesa la sua colpa, è responsabile verso il mandante fino alla concorrenza dei beni indicati (art. 1910). Il mandatario cioè perde il diritto di esigere dal mandante quanto avrebbe ricavato dall'escussione in tempo debito eseguita; o, in altre parole, la responsabilità del mandante cessa fino alla concorrenza dei beni indicati. [1]

Il mandante non può invocare il beneficio di escussione quando vi abbia espressamente rinunciato, e quando siasi obbligato in solido col terzo per il pagamento, nel qual caso l'effetto della sua obbligazione si regola con gli stessi principî stabiliti riguardo alle obbligazioni solidali (art. 1907). Vi sono poi casi speciali non contemplati espressamente dalla leg-

[1] Per il Codice svizzero delle obbligaz. "la responsabilità del mandante cessa qualora il mandatario abbia arbitrariamente accordato dilazione al terzo o trascurato di procedere in suo confronto in conformità alle istruzioni del mandante" (art. 420).

ge, nei quali reputiamo che il mandante, come il fideiussore, non potrebbe opporre il beneficio di escussione; e ciò in virtù dei principî generali di diritto. Così nel caso in cui il mandante succedesse al terzo, essendo che la fideiussione si estinguerebbe per la confusione delle qualità di fideiussore e debitore nella medesima persona (arg. art. 1926). Così ancora quando fosse notoria la insolvibilità del terzo; massima che è dettata dalla logica e dall'equità e suggerita dalla legge stessa; la quale, prescrivendo che il fideiussore istante per la escussione debba indicare al creditore i beni del debitore principale sui quali possa farsi la esecuzione, fa intendere che una delle condizioni necessarie per esercitare il beneficio di escussione è questa che il principale obbligato sia solvibile. [1]

Un altro beneficio spettante al *mandator* è il beneficio della divisione. Quanto più mandanti abbiano fatto sicurtà per un medesimo debitore e per uno stesso debito, la loro posizione giuridica di fronte al mandatario è regolata dagli art. 1911 e 1912; ossia ciascuno di essi rimane obbligato per l'intero debito (art. 1911), ma, ove non abbia rinunciato al beneficio della divisione, può esigere che il creditore divida preventivamente la sua azione e la riduca alla parte di ciascuno (art. 1912; § 4 Inst. *de fidei.* 3,20).

Questa facoltà spettante al *mandator* di opporre il beneficio di divisione — avente natura perentoria — ne caratterizza la obbligazione e la distingue dall'obbligazione solidaria vera e propria, la caratteristica della quale consiste in ciò che il creditore può rivolgersi contro uno fra i condebitori a sua scelta e costringerlo al pagamento per la totalità, senza che quello possa opporgli il detto beneficio della divisione (art. 1189).

Tra più mandanti obbligati in modo accessorio e più condebitori tenuti in via principale, esiste questa differerenza che, mentre nel caso di più condebitori non obbligatisi con stipulazione di solidarietà, la divisione ha luogo di diritto, reputandosi che ciascuno siasi obbligato soltanto per la sua parte,

[1] V. LAURENT, op. cit., n. 208, pag. 218; TROPLONG, op. cit., n. 234, pag. 387. Conf. Codice civ. neerlandese, art. 1869, n. 4.

invece, nel caso di più mandanti, il beneficio della divisione è soltanto facoltativo, cioè spiega la sua efficacia solo quando venga dal mandante opposto come eccezione all'azione del mandatario. E mentre il condebitore che senza stipulazione di solidarietà si è obbligato in via principipale è, fino da principio, tenuto soltanto per la sua parte, il mandante si trova di fronte al mandatario in questa condizione speciale: prima che il mandatario spieghi la sua azione ed egli opponga l'eccezione del beneficio, egli è obbligato per l'intero, in forza del citato art. 1911. E, per conseguenza, prima che il mandatario spieghi la sua azione, il mandante non può essere ammesso ad offerire il pagamento del debito per la parte che gli spetta, perocchè egli è debitore dell'intero, e la sua offerta si riferirebbe ad una parte del debito.[1]

Si potrà discutere se questa differenza che la legge ha stabilito tra i confideiussori e i condebitori, e che alcuni fanno derivare dalla natura della fideiussione [2] sia o no conforme alla logica del diritto. Comunque, le censure che alle riferite disposizioni vengono mosse riguardano il legislatore. A noi interessa di stabilire che l'obbligazione di più mandanti non diversifica da quella dei confideiussori di cui parlano i citati articoli.

Perciò, dato che uno dei mandanti opponga il beneficio di divisione, è necessario che i mandanti coi quali si vuole divisa l'azione siano solvibili al tempo in cui il mandante che ha opposto il beneficio ha ottenuto la divisione (art. 1912 capov.), ossia nel tempo in cui il giudice proferisce la sentenza che ammette la detta divisione, perocchè vuolsi conciliare il favore dovuto ai garanti con gl'interessi del garantito. Se alcuni mandanti erano non solventi nel tempo in cui uno di essi ha ottenuto tale divisione, questi è obbligato in proporzione per questa non solvenza, ma, in base al citato capoverso dell'art. 1912, non può essere piu molestato per causa delle non solvenze sopravvenute dopo la divisione. Il quale ultimo principio deriva dalla natura del beneficio di divisione che essendo, come s'è detto, perentorio, una volta che sia ammesso con sen-

[1] Confr. LAURENT, op. cit., n. 222, p. 236.
[2] V. CORSI, op. cit. (*La Legge*, loc. cit. p. 142). Conf. POTHIER, op. cit., n. 416, p. 202; TROPLONG, op. cit., n. 286, p. 404. Contro: LAURENT, op., cit. n, 219, p. 232.

tenza, determina la misura dell'obbligazione del mandante; onde rende invalida l'azione del creditore per ciò che eccede la porzione del mandante medesimo.

Supposto che il mandatario abbia diviso egli stesso e volontariamente la sua azione, si applicherà l'art. 1913 e quindi il mandatario non potrà recedere dalla fatta divisione, anche se, prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione, v'erano dei mandanti non solventi. Ossia, quando il mandatario volontariamente divide la sua azione, si reputa che, da quell'istante, rinunci definitivamente ad agire per l'intero contro ciascun mandante, di guisa che non possa, dopo aver fatto tale volontaria divisione, esigere dagli altri mandanti la porzione di quei mandanti che fossero insolvibili, anche quando tale insolvibilità fosse anteriore al tempo in cui ha dato il consenso per la detta divisione.

Ciò conferma quanto dicemmo sulla distinzione che deve farsi tra l'obbligazione di più *mandatores* e l'obbligazione solidaria di più debitori. Quando il creditore domanda giudizialmente contro uno dei debitori in solido la sua parte del debito, il debitore convenuto non è liberato dalla obbligazione solidale se non ha aderito alla domanda o se non è stata pronunciata una sentenza di condanna (art. 1196); mentre, trattandosi di più *mandatores*, la legge non esige per tale liberazione il consenso del mandante, oppure una sentenza di condanna. Ed infatti, non essendo i *mandatores* veri debitori solidali, il mandatario che volontariamente divida l'azione altro non fa che riconoscere le cose quali sono e prevenire, in certo modo, la domanda di divisione; onde non v'è il bisogno del consenso del mandante o di una sentenza di condanna. Tale bisogno esiste invece nel caso di veri condebitori solidali, perocchè la solidarietà che esiste fra i debitori è tutta nell'interesse del creditore, e quindi non si può così facilmente ritenere che egli intenda di rinunciarvi.

Del resto non è necessario che il mandante opponga il beneficio della divisione prima della lite, come opinano alcuni antichi dottori.[1] L'eccezione derivante da quel beneficio è

[1] Citati dal POTHIER, op. cit., n. 426, p. 210 — 213.

perentoria; quindi la dottrina moderna ritiene che essa può opporsi in qualunque stato di causa ed anche in appello.[1]

In ordine ai rapporti tra il mandante e il terzo basti l'accennare che al mandante il quale ha pagato spetta il regresso contro il terzo cui fu accordato il credito; e non è d'uopo che egli siasi riservate espressamente le azioni spettanti al creditore verso il debitore principale.

In diritto romano, secondo alcuni autori, esisterebbe, a questo riguardo, una differenza tra il *mandatum pecuniae credendae* e la *fideiussio*. Il pagamento fatto da un *mandator* al creditore, dicono questi autori, non libera di pieno diritto il debitore, e, per conseguenza, il *mandator* può esigere la cessione delle azioni che il creditore ha contro il debitore principale, anche quando non se ne è riservato espressamente il diritto prima di pagare (l. 28 D. *mand.* 17, 1); invece, nelle altre specie di fideiussione, il fideiussore che paghi senza tale riserva, estinguerebbe completamente il debito principale, e quindi non sarebbe più possibile una cessione di azioni.[2] Queste azioni, dice Pothier,[3] sono state già estinte dal fatto pagamento; perciocchè il debito del fideiussore, non essendo solamente un debito della cosa stessa, ma essendo precisamente il debito stesso del debitore principale a cui il fideiussore ha puramente acceduto, il pagamento fatto ha estinto il debito principale.

Senza entrare in tale questione che spetta al diritto romano, avvertiamo che questa teorica è però controversa. La l. 36 D. *de fidei. et mandat.* 46, 1 è così concepita " quum is qui et reum et fideiussores habet, ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia, praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, quum suum iam perceperit et perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad ipsum ut praestet actiones ". In base

[1] Corsi, op. cit. (*La Legge*, loc. cit, p. 143); Pothier, op. cit. loc. cit.; Troplong, op. cit., n. 295, p. 406; Laurent, op. cit., n. 223, p. 237.

[2] V. Maynz, op. cit., § 264, pag. 441-442; Doveri, op. cit., § 329-378; Ronga, op. cit., pag. 331, e gli autori citati dal Serafini in Arndts, op. cit., § 356, nota 4, pag. 444.

[3] Op. cit. loc. cit., pag. 251.

a questa legge altri autori negano che esistesse in diritto romano l'accennata differenza tra il *mandatum pecuniae credendae* e la *fideiussio*. Il concetto che risulta da questo frammento, dice il Serafini, [1] è questo che il pagamento fatto da un fideiussore senza riserva delle azioni non produceva, di regola, estinzione del debito principale, ma valeva compera del credito; onde il fideiussore poteva convenire il debitore principale con l'azione del creditore che era stato pagato.

Comunque, quanto al diritto odierno, la detta differenza, anche se certa in diritto romano, non ha più ragione di essere. Oggi il fideiussore, in seguito al pagamento che ha dovuto fare il debitore, è *surrogato di diritto* in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore (art. 1916 e 1253), indipendentemente da qualsiasi riserva che di tali ragioni egli abbia fatto. Il fideiussore che ha pagato, avendo col pagamento fatto una cosa che è tutta nell'interesse del debitore principale, ha regresso contro il medesimo, ancorchè non consapevole della prestata sicurtà; regresso che comprende: il capitale, gli interessi e le spese da esso fatte dopo che ha denunciato al debitore principale le molestie sofferte; gli interessi di tutto ciò che ha pagato pel debitore, ancorchè il debito non producesse interessi, ed anche i danni quando sia il caso; con questo che, allorquando il debito non producesse interessi, questi decorrono a favore del fideiussore soltanto dal giorno in cui avrà notificato il pagamento al debitore (art. 1915). Ora, stabilito che, quando la responsabilità del mandante sia stata espressa, non v'è alcuna differenza, in diritto odierno, tra l'obbligazione del mandante e quella del fideiussore, e che le conseguenze sono identiche, è ovvio che il mandante il quale abbia debitamente pagato pel terzo, viene surrogato di diritto nelle ragioni del creditore — comprese le garanzie che il debitore aveva accordato al creditore — ed ha l'azione di regresso verso il terzo precisamente come un fideiussore. Non si può adunque, in diritto odierno, parlare di differenze esistenti, a questo riguardo, tra il mandato di credito e la fideiussione.

[1] In Arndts, loc. cit; v. gli altri autori ivi citati.

Si supponga che il mandante abbia pagato e non abbia avvertito il terzo del fatto pagamento; se questi paga alla sua volta, fa un pagamento indebito poichè soddisfa un'obbligazione che è già estinta; quindi gli compete la *condictio indebiti* contro il mandatario per la ripetizione; conseguentemente il terzo, secondo il diritto comune, dovrebbe agire egli stesso per la ripetizione. Ma l'art. 1918 deroga a questa norma facendo cadere l'onere del procedimento sul fideiussore che, con la sua negligenza, e cioè con l'avere trascurato di avvertire il debitore, è stato la causa dell'indebito pagamento. Il citato articolo dichiara infatti che il fideiussore il quale ha pagato non ha regresso contro il debitore principale che abbia pagato anch'esso, qualora il fideiussore non abbia avvertito il debitore del fatto pagamento, salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione.

Nell'ipotesi in cui il mandante abbia pagato senza essere convenuto e senza avere avvertito il terzo, è applicabile il capoverso del medesimo articolo, a norma del quale il fideiussore — ossia il mandante — non ha alcun regresso contro il debitore principale nel capo in cui questi, al tempo del pagamento, avesse avuto mezzi di far dichiarare estinto il debito — ad es. per pagamento o compensazione — salva la sua azione contro il creditore per la ripetizione.

L'azione di regresso e la surrogazione spettano al mandante dopo che ha pagato, ossia dopo che ha soddisfatta l'obbligazione principale. Il mandante però può tutelare i proprii interessi anche prima di aver pagato, mediante l'azione in rilievo che la legge accorda al fideiussore in alcuni casi nei quali un ritardo potrebbe mettere in pericolo il regresso contro il principale obbligato. In base all'art. 1919 il mandante può agire contro il terzo per essere da lui rilevato, anche prima di aver pagato:

1° quando sia convenuto giudizialmente pel pagamento;

2° quando il terzo sia fallito o si trovi in istato di non solvenza;

3° quando il terzo si fosse obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato, e questo fosse scaduto;

4° quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto pel pagamento;

5° al termine di dieci anni quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purchè non vi sia convenzione in contrario.

Quando si verifichi uno di tali casi l'azione in rilievo si esplica in questo modo. Il mandante chiede al terzo di essere liberato dalla sua obbligazione; se questi non lo rileva, il mandante ha diritto di domandargli una indennità. E poichè il mandante non è liberato se non a condizione di soddisfare il mandatario nella totalità del credito, così tale indennità non può consistere che in una somma di denaro uguale all'ammontare del credito garantito; nè potrebbe il terzo limitarsi a dare al mandante un pegno, un'ipoteca o altra garanzia contro le possibili molestie del mandatario, perciocchè scopo dell'azione in rilievo non è già quello di conseguire una garanzia, ma bensì la liberazione.[1]

In ordine agli effetti del mandato di credito fra più mandanti che abbiano fatto sicurtà per uno stesso terzo e per un medesimo credito, è applicabile l'art. 1920 in base al quale il mandante che ha pagato il debito ha regresso contro gli altri mandanti per la loro rispettiva porzione. Tale regresso però non ha luogo che quando il mandante abbia pagato in uno dei casi espressi nel citato art. 1919 (art. cit. capov.). Questo regresso spetta al mandante, a condizione che abbia pagato il debito; di più è d'uopo che il pagamento sia valido, di guisa che il debito sia stato estinto. Se il pagamento fatto dal mandante non ha liberato il terzo, nè quindi gli altri mandanti, e se il mandante ha pagato mentre il terzo non era più tenuto a pagare, non si ha pagamento utile, l'azione che il mandante spiegasse sarebbe priva di fondamento.[2]

Per ciò che riguarda l'estinzione della obbligazione del mandante valgono le stesse regole che governano l'estinzione della fideiussione. Le differenze che esistevano nel diritto ro-

[1] Confr. LAURENT, op. cit., n. 258, pag. 265.

[2] V. l'esposiz. dei motivi della legge sulla fidej. nel Cod. franc. fatta da TREILHARD, in Locré, t. VIII, n. 20. V. anche LAURENT, op. cit., n. 266, pag. 272.

mano per alcune cause di estinzione, come per la *confusio*, tra il *mandatum pecuniae credendae* e la *fideiussio*, non hanno più ragione d'essere nel diritto odierno, attesa la più volte notata identità sostanziale delle obbligazioni nascenti dal contratto.

Così per accennare soltanto alcuni di questi modi d'estinzione, l'obbligazione del mandante si estingue per la colpa del mandatario, quando cioè pel fatto del mandatario non può avere effetto a favore del mandante medesimo la surrogazione in tutte le ragioni del mandatario o creditore (eccezione *cedendarum actionum*, art. 1928). Così pure si estingue l'obbligazione del mandante col venir meno della obbligazione principale, essendo la medesima una obbligazione accessoria; perciò, nel caso di una *datio in solutum*, quando cioè il creditore accettasse volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il mandante resterebbe liberato, ancorchè il creditore soffrisse in seguito l'evizione (art. 1929), perciocchè la *datio in solutum*, estinguerebbe l'obbligazione garantita dal mandante. La semplice proroga del termine accordata dal mandatario al terzo non libererebbe il mandante; però questi potrebbe in tal caso agire contro il terzo per costringerlo al pagamento (art. 1930), essendo che il terzo potrebbe nel frattempo diventare insolvibile. Se il mandante, nel contratto, ha limitato in modo espresso la sua garanzia allo stesso termine che sarà accordato al terzo, rimane obbligato anche al di là di quel termine e per tutto il tempo necessario per costringere il terzo al pagamento, purchè il mandatario entro due mesi dalla scadenza del termine abbia proposte le sue istanze, e le abbia con diligenza continuate (art. 1931). E infatti il mandatario difficilmente può ottenere il soddisfacimento del suo credito appena che il termine per il pagamento è scaduto; d'altra parte, prima di tale scadenza, egli non può certamente esigere l'adempimento; per conseguenza la garanzia sarebbe inutile pel mandatario qualora il mandante fosse liberato appena scaduto il termine pel pagamento. L'obbligazione del mandante si estingue poi per le stesse cause che producono l'estinzione delle obbligazioni in genere (art. 1925 e 1236).

È specialmente importante avvertire che il mandante, in

base all'art. 1927, può, alla pari del fideiussore, opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale e che sono inerenti al debito; mentre non può opporre quelle che sono puramente personali al debitore.

È perciò necessario distinguere le eccezioni *in personam,* ossia quelle fondate su qualche ragione personale al debitore principale e non opponibili dal mandante, dalle eccezioni *in rem* o *rei cohaerentes,* ossia fondate sullo stesso debito, ed opponibili dal mandante ugualmente che dal terzo.

Ad esempio, i vizi del consenso: l'errore, la violenza e il dolo, dànno luogo ad una eccezione *in rem* opponibile dal mandante; perocchè non può esistere una obbligazione senza il consenso valido della persona che si obbliga, la quale, nel nostro caso, è il terzo; ora il consenso del terzo non è valido se è stato dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo. Invece le cause d'incapacità dànno luogo ad eccezioni personali. Ed infatti l'art. 1899, dopo aver dichiarato che può prestarsi la fideiussione per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una *eccezione meramente personale* all'obbligato, aggiunge, in via d'esempio “ *siccome nel caso della minore età.*” Eccezioni personali al debitore e quindi non opponibili dal mandante sono altresì quelle che si fondano sulle altre cause di incapacità; come l'eccezione di incapacità per causa d'interdizione.

La facoltà di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore, purchè inerenti al debito, è un diritto che il mandante esercita per esonerarsi dall'obbligo di pagare pel terzo; e come egli ha assunto tale obbligazione *nomine proprio* così egli fa valere le eccezioni *jure proprio,* e non in nome del terzo. Ciò è importante per le conseguenze: la rinuncia del terzo alle eccezioni che può opporre al creditore, come la rinuncia alla prescrizione, non priva il mandante del diritto di farle valere; la conferma dell'obbligazione fatta dal terzo non toglie al mandante il diritto di opporne la nullità.

La teoria che abbiamo cercato di costruire risulta, come s'è veduto, da disposizioni sancite dal Codice civile. Ma tali disposizioni non contemplano espressamente il mandato di credito, e noi crediamo che il legislatore farebbe cosa oppor-

tuna se, a somiglianza del legislatore svizzero, determinasse in modo espresso la figura giuridica di tale contratto. Un contratto del quale è tuttora controversa persino la natura giuridica non può essere abbandonato alle sole disquisizioni dottrinali. Quando la legge avrà determinato chiaramente il carattere giuridico del mandato di credito, le incertezze spariranno, ed anche le obbligazioni e i diritti del mandante, del mandatario e del terzo saranno nettamente stabiliti.